

## 翻訳 エルンスト・ヤコビ『有価証券法綱要』（ 二・完）

著者	庄子 良男
雑誌名	筑波法政
巻	20
ページ	253-290
発行年	1996-03
その他のタイトル	<Translation> Grundris des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen (2) , von Dr.Ernst Jacobi , Professor an der Universitat Munster .i W. Dritte, umgearbeitete Auflage , Leipzig O. R. Reisland 1928.
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00155856">http://hdl.handle.net/2241/00155856</a>

# エルンスト・ヤコビ『有価証券法綱要』(二・完)

庄子 良男

## (ββ) 技術的指図証券において

### 第三章

契約説が妥当するか創造説が妥当するかの争いは、指図証券にもまた拡大されてきている。第二章の詳論によれば、明瞭な法律の決定が欠ける場合には、これらの証券のためにもまた、ただ純粹な契約説、または、原因惹起およびレヒツシャイン説(Veranlassungs- und Rechtsscheintheorie)が考慮されうる。むしろミュラー<sup>(15)</sup>エルツバツハは、DWO七四条から、手形債権の成立のためには手形債権者と手形債務者の間の契約は必ずしも不可欠には必要ではないことを「反駁の余地なく」証明しうる。なぜなら手形振出人自身が手形を喪失してしまっている場合には、善意取得者は七四条に従って、振出人に対してもまた手形債権を獲得してしまっているからである、と考えている。——しかしまさに七四条

は、手形証券の喪失者が喪失の際に既に債権を有しているということを前提としないのかどうかが問題である。七四条がそのことを前提としないときは、むしろ誠実な者は証券とともに、〈裏書を記載した〉が証券を交付しなかったところの〆盗取された裏書人、または、盗取された振出人に対してもまた、債権を取得する。しかし七四条がそのことを前提とすることがどうかは、七四条の文言からは読み取れず、体系における地位と〆手形債務の発生ではなく盗まれた有価証券を問題としている〆標題は、しかし反対のことを物語っている。この論証は、それゆえ目標には導かない。しかしそれにも拘らずBGB七九四条は、技術的な指図証券のためにもまた類推的に適用を見出さなければならない。無記名証券と技術的指図証券という証券の両グループは、誠実な第三取得者の保証において平行している。両者において誠実な第三取得者は、1・資格を与えられた所持人が権利者でないこと、2・彼に対して権利先行者の人格からの抗弁が対抗されない(対抗され

るの誤記？(訳者記)こと、の危険から保護される。さらに両者の証券グループにおいては、振出人と最初の受取人の間に有効な契約が成立していないという抗弁を切斷する必要は、同様に大きいことが付け加わる。すなわち、二つの証券グループのために、それゆえ——この抗弁を排除するという——その目的において称讃に値する創造説が發明されたのである。無記名債務証券のためには、この目的はBGB七九四条によつて達成されている。ここでは、ひとは無記名債務証券を法典化したゆえに、争いの問題を解決している。対応する原則が指図証券のためには欠けていることは、單純に、指図証券が争いの問題の発生後に法典編纂されたものではないことから説明される。しかし、もし技術的指図証券がここで無記名債務証券とは異別に取り扱われるならば、それは文言的有価証券の統一的形成への耐えがたい亀裂であろう。それゆえBGB七九四条の技術的指図証券への類推適用は、特別の反対理由が存在しない限り、強行的に与えられている。その場合には、しかし七九四条の規範は、ここでもまた、無記名債務証券におけると同じ理由に遡られなければならない。ところで手形引受のためには、DWO二一条一項および四項によれば、それは一方的な受領を要しない意思表示によつて成立すると主張されている。ある手形上におかれた支払人の引受が、手形上の記載をとおして、すなわち手形権利者へ

の到達なしに、有効となることは正しい。しかしこのことは手形上の引受の完成によつて実行された契約によつて生ずる。すなわち振出人は、手形所持人をおして支払人に手形を引受のために呈示させる。それゆえ振出人は、それによつて支払人に、支払人は振出人、受取人およびその権利承継人のために手形を引き受けるようにという申込を表示するのである。正当な見解によれば、さらにまた手形を呈示する資格を与えられた所持人は、自己の名において支払人に同じ申込を行う。そして支払人はこの申込を引受(Akzept, Annahme) (それはただ申込の設定においてのみ理解しうるものとなる言葉である)によつて承諾するのである。引受はそれゆえ契約の不可欠の部分である。ひとはこれに対して、二二条によれば、手形の流通能力を妨げるゆえに手形所持人が制限引受を欲しない場合ですら、引受人は制限引受に基づいてもまた制限的に責任を負う、と異論を述べてきている。しかし異論は的外れである。なぜなら、支払人が制限引受を手形上に行つた後には、すべての事情のもとで、彼のただ制限された責任にのみ向けた意思は手形から認識可能であり、それゆえ手形の流通能力は、場合によつては、既に修正された引受をとおして損なわれている。現在はまだ、さらに、両者の場合に証券の流通能力が同じに大きい場合に、手形権利者がこの制限された責任をもつことを欲するか、または、全く責任を

もつことを欲しないか、という問いが登場しうるのみである。そこでは、しかしながらほとんど例外なく、手形債権者は全く責任をもとうとしないよりも、むしろ制限された責任をもつことを欲するであろう。さらにしかしそれ以外にも、法によって若干の場合において、当事者がへすすべての諸点についてではなく、法律が主たる事柄とみなすものについてのみの意思の一致をそこにおいて達成しているところの諸契約が認められている。

むしろ引受によって成立する契約は独特のものである。BGBの申込期間がWOのために役割を演じないことは、ほとんど意味をもたない。<sup>49</sup> 注目すべきことは、契約が到達によってではなく手形上のたんなる執筆によって成立するということである。このことはしかし、引受に一方的な法律行為の諸原則が——契約との対立において——適用されなければならぬためではない。なぜならそれはまさに契約の一部だからである。引受は、それゆえ、契約の内部の、一方的表示である。それはさらに受領を要するものではないが、しかしただ、その有効性がそれだけより迅速にかつより確実に生ぜんがために、受領を要しないのである。それゆえ受領を要しない意思表示の規定は、それが容易に引受の無効に導きうる限りでは、適用されないのである。しかし受領を要する意思表示に関する諸規則を引受のためにへこれらの諸規則が意思表

示の維持のために、一方的な受領を要しない意思表示に関する諸規則よりも適切である場所で<sup>50</sup> 排除することは、法律の目的に反するであろう。——DWO二一条は、手形引受を効果の喪失から保証するという法律の一般的な努力から生じている。すなわち、1. その他の一方的で受領を要しない意思表示が、完全に誤った表示の場合にもまた、表意者の真の内的な意思に従って解釈されなければならず、そして、受領を要する意思表示は、欠缺せる意思の場合にはBGB一一九条による取消に服するのに対して、手形引受の場合には、例えば、引受人の異なる意思を顧慮することなしに、既に最初の受取人に対する関係で、ただたんに表示そのものだけが問題となる。2. さらに加わるのは、いったいいかなる表示が手形の引受として理解されなければならないかという問いは、DWO二一条二項に従えば、表意者の正常な平均的意思には確かに対応しない方法において規定されているということである。すなわち、表示は、最初の（善意の）受取人に対する関係でも、表意者の態度全体、表示のいきさつ、および表示の際の事情に従って解釈されるべきではなく、ただ手形に従つてのみ、そしてその場合の事情への顧慮なしに、ただ二一条二項および三項に従つてのみ解釈されなければならない。すなわち、手形上に記載されそして支払人によって署名された表示は、支払人がそもそも引受けることを欲しないか、

または、ただ一定の制限のもとでのみ引受けることを欲することが、引受において明示的に表明されていない限りで、無制限引受とみなされる。同じことは、支払人が、それ以上の付記なしに、彼の氏名または商号を手形の裏面に記載する場合には、無制限引受のために妥当する——3. 手形表示に関する一般原則によれば、手形引受のためにもまた〔手形行為〕独立の原則が妥当する。それゆえ引受契約のためには、第三取得者の利益のために、引受の基礎にあった申込がただ外形的にさえ有効であつたならば十分である。例えば、振出人と称する者が手形を全く振出さず、したがつて手形が偽造されているゆえに、申込は全く行われていないが、しかし申込が外形的に証券上にあり、そしてそれが支払人によつてDWO二一条に従つて引受けられるときは、なるほど外見上の申込人、例の場合においてはしたがつて振出人は、権利を取得しないが、しかしおそらく手形引受がそれらの者のために働くところの第三者、例えば、受取人およびその権利承継人は、彼らが事実状態を引受のときに知っていた場合ですら（引受を詐欺的に惹起した者を別として）権利を取得する。4. 最後に、BGB七九四条は、引受のためにもまた類推的に適用される。すなわち、誠実な第三取得者は、支払人によつて適切な有責任の状態において作り出された引受は支払人が適切な契約の実行において作り出したものであることを、

信頼することができ。それゆえ支払人が手形の表面に彼の名前を、彼が手形を眼前に有することを知つて記載するときは、彼は既にそのことゆえに手形債権者に対してWO二一条に従つて、彼が手形債務を負担しようとはせず、例えば、ただ彼の名前をメモとして書くことを欲したにすぎない場合ですら、責任を負う。支払人が手形を眼前に有したことを知らず、そしてそのことについて最初の受取人もまた自らに明瞭であつたときは、支払人は最初の受取人に対する関係では責任を負わないが、しかしおそらく誠実な第三者に対しては責任を負う。

これによれば、引受 (Akzept) は、振出人の申込および大部分はまた資格を与えられた所持人の申込に対する承諾 (Annahme) であり、また、支払人がそれによつて申込人と第三者に対して債務を負担するところの承諾である。その際、引受は、到達の欠缺のゆえの無効から保証されんがために (BGB 一五一条による承諾と同様に) 受領を要する意思表示ではなく、そして既に最初の受取人のために純粹な表示 (Erklärungsbeurteilung) に従つて解釈されなければならない。しかしそれらの諸特性のゆえに、引受のためにもBGB七九四条を類推適用することには、障害は存しない。

手形のために妥当することは、すべての技術的に裏書可能な証券のためにもまた妥当する。したがつて、公信用力ある有

価証券は、誠実な第三取得者に対する関係で、所持人または資格を与えられた所持人を、権利を与えられている者として資格づけるのみならず、そして証券に記載されてあるような権利者として資格づけるのみならず、振出人の有責な行動をとおして創られている証券が、有効な契約によって成立しているという、外観をそれ自体のために有するというようにもまた、資格づけるのである。

(45) Handelsrecht S. 441.

(46) これらの詳論を無視して、RGは——シュラー—エルツバッハを特別に援用することなしに——彼の理由づけをRGZ. 112, S. 202 (JWSch. 1926, S. 1548) とJWSch. 1926, S. 1817において受け継いだ。これらの判決に反対して、<sup>(47)</sup>で主張された理論をミッタース (Mittels) が Zentralbl. f. Handelsr. 1927, S. 142f.において擁護している。

(47) この解釈は、それ自体§ 11 VIII S. 53のゆえに危険ではない。すなわち、申込がただ外部的にさえ瑕疵がなければ、そのことは手形からの第三者の諸権利の害にはならない。例えば、申込者が行為無能力であることは、それらの諸権利にとり何の害にもならない。

(48) その他の点については、私の Grundriß des Wechselrechts § 8 Xを参照せよ。

(49) そのことは、まさに民法のためにすら、解除または減額がそれによって実現される契約のために主張されている。

(50) この理由から、例えば、手形引受は、BGB 一二三条の意味に

において、同条が適用可能であるとひとが考える限りで、受領を要する意思表示として取り扱われなければならないであろう。

(51) 既にフルンナーは、ホルツェンドルフの法律学百科事典 (Holzendorfs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig 1877, S. 204) における「ドイツの法発展等の歴史的基礎 (geschichtliche Grundlage der deutschen Rechtswissenschaft usw.)」の中で、「ドイツ法における。法律関係の内部的側面と外部的側面の区別」を、その法律関係が特定の人々に対するのと第三者たちに対するのとでは違った種類の方法において現れる限りで、指摘した。それによつて彼は、第三者が外部的な外観を広範な程度において信頼することができることを疑いの余地のないものと考へている。この観念は「フーバー (Huber)」「ギールケ (Gierke)」「H. マイヤー (H. Meyer)」「O. フィッシャー (O. Fischer)」「ウェルスパッヒエル (Wellspacher)」「ナエンドウルフ (Naendrup)」および多くの他の人々によつて歴史的・解釈学的に構築されてきている。そしてもしひとが「権利外観理論 (Rechtsscheintheorie)」という美しい語を、あたかもそれがスローガンであるかのようにあげておけば、私はただ、私には一九〇一年の有価証券法の第一版においては、その語はまだ知られてはいなかったが、それにも拘らず理論そのものは其処で現在と同様に主張されていたことだけを指摘したいと思う。私が特筆すべきものとみなすその語は、私の考えではそれを最初に用いたオットー・フィッシャー (Otto Fischer) の Handsugabe der BGB によるものである。

## (γ) 船荷証券、貨物引換証および倉庫証券の最初の受取人の権利のための証券内容の意味

### 第四章

倉庫証券、貨物引換証および船荷証券 (Konossement (cognoscere 承認する = anekemen)) においては、倉庫業者、運送人および船主は、物品を倉庫保管または運送のために受け取ったことを認め、そしてそれらを倉庫に保管しまたは運送すること、および、証券をとおして資格を与えられた者に証券と引換に手渡すことの債務を負担する。法律状態は、船荷証券のために詳細に研究されるべきである。

船荷証券は、運送契約に基づく債権を証券による権利者のために、この者が第三者であれ運送契約を自ら締結した者であれ、表章している。(表章された) 運送契約が、最初に締結された運送契約と並んで登場する (die Charterpartie 証券上の当事者)。それゆえ船主は、二つの原因に基づいて責任を負うのであり、もしかするとあるかも知れない二つの契約の不一致の場合には、より大きな給付に向けて責任を負う。しかし債務者は、船荷証券に基づく義務は証券上の当事者 (die Charterpartie) への履行によって船荷証券所持人に対する関係では消滅しないから、証券上の当事者の債務 (die Charterpartieschuld) をもまた船荷証券の返還と引換にのみ

履行する必要がある。

船荷証券からの債務は、純粹に抽象的約束ではないが、純粹に有因的約束でもない。船荷証券において示された債権債務の原因は、レセプツム (receptum) すなわち受領の表示である。しかし真のレセプツム、すなわち、船主が物品を實際に受取ったという事実ではなく、船荷証券が、荷送人と財貨の受取人の間の法律関係のために標準となるのである (HGB 六五一条)。六五一条によれば一見抽象的なこの責任は、しかし緩和されている。すなわち、1. 荷送人の債務は、債権債務の一般原則に従って消滅するのみならず、運送契約の原則に従ってもまた消滅する。2. 船主が何ものかを運送のために受け取ったときは、彼は、船荷証券がこれについて何も言っていない場合ですら、受け取ったもの (das Emplangene) の債務を負う。すなわち受け取った物を有因的に、そして船荷証券が語るところのものを抽象的に、(引き渡すべき) 債務を負う。すなわち船主は、受け取ったものを返還しなければならず、そしてこれが船荷証券の中で約束された物品よりも少ない価値である場合には、彼はその差額を支払わなければならない (六五二条を参照せよ)。この制限的な抽象的責任は、担保約束 (Garantieverprechen) からではなく (なぜならその場合にはこの点に向けられた意思の欠缺の際には取消が可能であるに違いないであろうから)、法律

に廻られる担保 (Garantie) から説明されるのである。——船荷証券からの債務は、さらに既に最初の船荷証券所持人のために、1・前述のように、レセプツムから一定の範囲において独立した債務負担の表示を与えるという意思の瑕疵は重要でなく、それゆえBGB一九九条はその限りで排除され、そして、2・船荷証券は船荷証券振出人の意思に従ってではなく、そしてまた振出行為の事情全体に従ってではなく、ただ船荷証券の内容に従つてのみ解釈されなければならない、そして、この表示に対立している意図は全く重要ではなく、とくに取消が排除されている限りで、文言的、債務 (eine schriftgenäße) である。すなわち、船荷証券が標準となる。六五一条。——その他の抗弁、例えば、船荷証券債務が成立していないか、または、給付もしくは免除によつて消滅しているという抗弁は、なるほど一般船荷証券法によれば許されるが、しかし誠実な第三取得者に対する関係では、持参人払式船荷証券および技術的に裏書可能な船荷証券においては、上述の規則に従つて (第一章以下) 制限されている。——HGB六五二条以下は、船荷証券に基づく抽象的責任の一連の緩和を提供している。これらの緩和は、運送人の貨物引換証においては、運送人のためにもまた、貨物引換証は、運送人と貨物の受取人の間の法律関係のために決定する。(HGB四四六条) という命題が設定されているにも

拘らず、反復されていない。私の考えでは、貨物引換証からの責任は、船荷証券からの責任よりも厳格ではありえないので、それゆえ四四六条には、同条が抽象的責任を導入することを欲した、という意味は帰属しえないのである。なぜならこの責任は、通常、例外なきものであるからである。四四六条は、ただ (次のことだけを) 言っている。すなわち、1・貨物引換証は、それと並んで登場してくる運送契約の特別規定をとおしては補充されるべきではない。——それゆえ四四六条後段自体が上に引用された同条前段を説明する——すなわち、貨物引換証から何ら反対のことが導かれないう限りでは、運送契約ではなく、法律上の運送法 (das gesetzliche Frachtrecht) が標準となるのである。2・貨物引換証は、それ自体から解釈されなければならない。そして振出人の意思は、この解釈に対する関係では、あらゆる点において重要ではない。——しかし運送人は、貨物引換証の内容とそれが一致しない場合にもまた、受け取ったもののだけの債務を負う。貨物引換証が正当でない場合については、運送人は、ただ過失 (Verschulden) の場合にのみ、そして証明された損害についてのみ責任を負うであろう。しかし責任は、ここでもまた客観的により低い価値 (Minderwert) をとおして限界づけられる (六五二条を参照せよ)。

内海航行船の船長 (Binnenschiffer) の貨物引換証



(Ladeschein) は、陸上貨物引換証 (Landladeschein) と船荷証券 (Konnossement) の中間に立つ (§ 72f. Binnen-schiffahrtsgesetz)。

## 六 物としての有価証券

### (a) 表章された権利の感覺像としての有価証券

#### 第一章

I. 法律と意思表示は、通常、証券についてのそれらの処分は、同時に表章された権利に關係すべきであるということから出發している。

1. たいていの場合、証券という名称は、ただ全体のための一部 (pars pro toto) の名称にすぎない。すなわち、証券 (手形) にだけ言及する意思表示と諸法律は、同時に表章された権利をもに含ましめようと欲している。

2. 権利行使が証券なくしては可能ではないという命題は、債権者が権利行使の際に債務者に対する關係では証券の呈示をとおして資格を与えられていなければならないゆえに、有価証券の権利 (WP-Rechten) についての権利占有 (Rechtsbesitz) の可能性へと導く。なぜならひとが証券を占有しそして証券占有によつて資格を与えられるときは、ひとは彼が権利者でない場合にもまた権利を行使する力を有す

る。そしてひとが権利者から証券を奪うときは、権利者はもはや権利行使の力をもたない。それゆえ占有譲渡または占有奪取について取り扱う物權法からの一連の諸法規は、有価証券の権利にもまた拡張されている。それゆえ無記名証券および指図証券の譲渡、そして正当な見解によれば、通常、記名証券の譲渡もまた、証券の占有移転と結び付けられるので、それゆえ有価証券の権利への強制執行は証券の奪取をとおして行われ、それゆえ有価証券の留置をとおして表章された権利そのものが留置され、そして商人留置權が行使されうる。その中に表章された権利すべてを伴う有価証券は、その限りで物 (Sache) である。有体物は、きわめてしばしばドイツ法においてそうであるように、目に見えない権利のためのシンボルであり、諸権利のこれらの化体 (Verkörperungen) が、諸権利への物權法的諸原則の譲渡 (適用) を可能にするのである。しかし物についての諸原則は、表章された権利がその場合顧慮されずにおかれる、という方法において適用されるのではない。すなわち、所有權譲渡におけるように、法律効果のためにさらに意思表示 (例えば、所有權を譲渡する合意)<sup>32</sup>が必要であるときは、意思表示は、表意者によつて求められた効果がそれによつて生じうるためには、表章された権利にもまた共に及ばなければならない。

3. (a) 有価証券においては、証券占有者は証券から (物の

占有者が物についての権利の外観を自己のために有するのと同様に、一定の限界内において権利づけられるようにみえる。それゆえレヒツシャインに關する原則（ハント・ワール・ハントの原則）は、その第三取得者に対する關係でレヒツシャインが帰屬する有価証券、すなわち無記名証券と技術的指図証券において、適用をみる。無記名証券と白地式裏書を伴う指図証券においては、その場合、物權法的な諸原則が純粹な形式において適用をみる。指図証券においては、物權法的諸原則は、物權の基礎づけのためにさらに裏書もまた必要である限りで弱められている。裏書なき合意と交付は、債權讓渡を別とすれば、証券についての權利と証券からの權利を基礎づけるのではなく、この場合には、以前の權利者は、權利者にとどまり（九五二条）BGB九三五条は善意取得のために適用されないものであつて、レヒツシャインに対する信頼保護は、ただDW七四条においてのみ規定されているにすぎない。<sup>(3)</sup>（b）民法によれば、しばしば物の占有の取得または喪失が、所有權またはその他の物權の取得または喪失の前提條件である。ところで証券の占有は前述のように權利の占有を媒介するので、同一の前提條件のもとでは、有価証券においてもまた、証券についての占有の取得または喪失が、証券についての所有權および証券からの權利の取得および喪失を結果としてもちうることが説明される（遺失物拾得、取得時

効、先占、混和、放棄）。

ひとは、表章された權利への物權法的諸原則の適用が許されるという見解を所有權説（Eigentumsstheorie）と呼んでいる。しかし、あたかも所有權説がそれだけで妥當するかのやうに、したがつてあたかも物權法の通常の原則に従つて基礎づけられた物についてのあらゆる權利が表章された權利についての權利をも必然的に導かざるをえないかのやうに觀念することは、拒絶されなければならない。上（番号1ないし3）に言及された諸場合を別とすれば、有価証券のためにもまたBGB九五二条が妥當する。すなわち、權利についての權利が証券についての權利を導く。すなわち、例えば、満期の到來した利息に対する權利を導く利息付きの權利の用益權者は、利息証券についての所有權を取得する。既に株券の交付前に株主となつてゐる株主は、株式証書がたとえ無權利者に対してであつても交付されるや否や、株式証書についての所有權を取得する。新しい証券が旧有価証券または複数の有価証券の代わりにある權利のために作成されるときは、例えば、複数の証券のうちただ一通だけが讓渡の目的で交付されたにすぎない場合にもまた、それは自ずから權利者の所有權へと入る。——所有權説は、さらに有価証券の素材価値が顧慮されないゆえにのみ妥當する。素材が例外的に特別の価値を有するときは、証券についての所有權と証券からの權利と

は、異なる道を行くことがありうる。なぜならその場合には、素材のために、表章された権利のためには妥当しない取得時効、遺失物拾得および加工に関する諸原則が適用されるからである。

II. — A. 強制執行 (Zw.) (ZPO 八〇八条および八三一条)。—— 1. 差押の意味においては、すべての有価証券は物である。2. 質権の実行の意味においては、(a) 無記名証券はすべて物である。(b) 指図証券と指名証券に関しては、それらの換価 (Verwertung) のためにまず第一にそれらの売却可能性が顧慮されるときはそれらは物として、あるいは顧慮されないときはそれらは権利として取り扱われなければならない。すべての指名証券は、債権を表章する指名証券もまた、物であるかも知れないのに対して、債権を表章する指図証券は、質権の換価のためには、決して物としては顧慮されず、権利であらう、という解釈は、これらの区別のための理由を認識させない。指名証券においては、あたかもそれが権利を表章するかしないかが区別されなければならないという解釈は、把握できる区別の標識を与えない。証券抵当権 (Briefhypothek) の差押のためには、ZPO 八三〇条の特別規定が妥当する。差押に属するのは、証券の押収と決定である。

B. 商人留置権は、正当な見解によれば、有価証券の三つ

の種類全部について、したがって指名証券についてもまた可能である。しかしそれは、証券を留置する者は、証券からの権利者に対して権利の行使を証券の留置をとおして不可能にし、そしてそのようにしてまさに権利そのものを留置することを前提とする。このことは、しかし、留置者がただ——更改証券 (Erneuerungsschein) のような——付随証券 (Nebepapier) だけを留置し、そしてその際にそれでもなおかつ、基本証券 (Stammpapier) の占有を有する債務者が基本証券がこの代替手段に優先するゆえに——権利を行使することができる場合には、あてはまらない。そのような代替証券 (Ersatzpapier) の留置は、それゆえ商人留置権を解消することはできない。

(32) それゆえ私はこの前提条件を、フォン・シュツェーリンが私に對して不作為を彼の S. 12 で非難しているのに対して、明瞭に指摘した。さらにフォン・シュツェーリンは、当事者の意思が権利と証券という二つのものを同程度に包含するゆえにではなく、そしてまた証券が価値についての権利に対する関係でほとんど顧慮されないゆえにでもなく、証券が権利のためにレヒツシャインを創造するゆえに、権利は証券と結合されている、と考えている。そしてここから彼は、もし当事者が表章された権利ではなく、ただ紙に対する所有権だけを譲渡しようとする場合には、法は当事者の意思を実現せずに、表章された権利はそれに向けられた当事者意思がなくても合

わけて譲渡されること、そして「証券が例外的に権利との関係においてまた高い価値を有する場合、例えば、高価な絵画であるとした場合には」証券についての権利が表章された権利のためにもまた決定的であることを結論している。しかし私の考えでは、フォン・シュヴェーリンの出発点は適切ではない。確かに意思と価値は証券と権利の唯一の理由ではないが、しかし法律が「証券は権利のためにレヒツシャインを与える、それゆえ表章された権利は証券についての権利に従うべきである」という原則を遂行することは、しかしながら証券からの事実的なレヒツシャインと並んで、上述の意思と価値関係のうえに基づくのである。これらの前提条件が脱落するときは、真正でない法の欠缺は補充されなければならない。私は、私の補充はいつそう推奨の価値があるものと信じる。

(53) 反対、Cosack-Mittels, *Lehnbuch des hñing. Rechts*, II, S. 474.  
(54) 例。有価証券を所有権および表章された権利の放棄の意図において放棄する者は、所有権のみならず表章された権利をもまた失う。

(55) 注 (52) を参照せよ。

### (b) 債務負担された物の感覚像としての有価証券

すべての有価証券は、一定の範囲において債権を化体している。有価証券は、我々が見てきたように、証券の占有が権利の占有を代替する限りで、表章された権利のためのシンボルである（第一章）。しかし有価証券は、法律の諸原則によれば、たんに表章された債権ではなく、それをとおして間

接的に「債務者が債権者に表章された債権に従って引き渡さなければならない」物そのものをまた一定の意味において象徴化することができる。そのことは、振出人——船主、運送人、倉庫業者——が——運送のためまたは倉庫保管のために——受領し物品の返還の債務を負うところの三つの有価証券においてあてはまる。船荷証券、貨物引換証および倉庫証券が問題となる。それらは、——一般原則に従って譲渡人が取得者に物品そのものの占有を引き渡すことがそのために必要であるところの——物品についての物権の取得のために、証券の占有の引渡で十分であるとされる限りで、引き渡されるべき物品そのものを化体している。必要であるのは、法律によれば、ただ、1・物権の取得者に証券が「その証券が彼を権利者として現われさせる」という仕方において譲渡されること、2・債務者——船主、運送人、倉庫業者——は、証券に基づいて物品の占有を引受けなければならないこと、だけである。

引渡証券 (*Traditionspapier*, TP) のこの効果は、様々に説明されている。すなわち、相對説 (*die relative Theorie*) は、債務者は物品を占有媒介者として証券所持人のために占有するゆえに (BGB 八六八条)、資格を与える証券の引渡によって現実の間接占有が譲渡されるということから出発している。これに対して絶対説 (*die absolute Theorie*)

は、例えば証券債務者自身が物をもはや占有しないゆえに、証券取得者が真の（間接的な）物占有を受け取っていない場合にもまた、証券の引渡は既に効果を生じているというように、証券の引渡によつて物そのものが象徴的に譲渡されると考えている。絶対説に対しては、——ドイツの法解釈によれば、きわめて十分に物そのものの象徴化のために適合されているところの——証券は、ここでは事実、物を真に象徴していることが同意されなければならない。しかしそこからは、象徴化がそのもとに生ずる諸条件については何ものも結果しない。この象徴化がとくに常にかつ無条件にしたがつて絶対的に生ずべきであるということは、結果しない。ところで法律規定によれば、証券は、ただ証券債務者が物品を現実に受け取つた場合にのみ引渡証券であるので、法律は明らかに、債務者が物の占有を有しそして物に働きかけうる場合にのみ、引渡証券の効果が発生する、ということから出発している。物品の引渡債務に関する証券を手に入れる取得者は、引渡されるべき物品に対して、彼の債務者が物を受け取つたがしかし再び失つた限りで、まさにあたかも債務者が物を一度も受け取らなかつたかのような立場に立つ。しかし、まさに、有価証券の取得者が安全性についての特別に高い程度をもつて、彼が証券をおして物品そのものの占有を獲得するであろうことを予期しうるという事情は、明らかに引渡証券

の特別な効力の理由である。この視点から、物品の引渡を求める債権を表章するあらゆる任意の債務証券が必ずしも引渡証券の性質を有するのではなく、ただ一定の有価証券がこれに属することが正当づけられる。通常の債務証書においては、すなわち、証券取得者は有価証券におけるよりも確実に、債務者がまさに証券所持人を満足させるであろうことを予期することができないのである。債務者は、まさに通常の債務証書において、有価証券とは反対に、債務者が債権譲渡について何も知らない限りでは、以前の債権者への引渡によつて免責される。それゆえ引渡証券に関する諸原則もまた、結局、その説明を有価証券に独特の資格授与の効力においてもまた見出すのである。しかし引渡証券の諸原則のための根拠が、それらの引渡証券においては証券受領者が物品を手渡されて保有するであろうという強い確実性にあるならば、債務者が物品を受け取つたことがないにせよ、受け取つた後に再び失つたにせよ、債務者が物品を占有しない証券は引渡証券ではありえない。

相対説の主張者は、相互に一致していない。彼らのうちの二三の者は、（証券）取得者は、物についての諸権利が間接占有の取得によつて取得されることになるという諸原則に従つて、取得する、と主張している。しかしこれに対しては、取得者を物品そのものの引渡を受ける者と同様に保護してい

る法律が、反対している。すなわちしたがって証券は、物そのものを代表している（代表説 *Repräsentationstheorie*）。さもなければ裏書されない倉庫証券や無記名倉庫証券の債権譲渡もまた、そのような証券の振出のために国家的に権限を付与された営造物によって交付される（BGB 九三一条）倉庫証券の裏書と同じ物的効果をもつことになるであろう。しかしそうすると、そのような営造物によって振出される倉庫証券だけに引渡証券の特性を制限することは不可能であろう（HGB 四二四条、三六三条二項）。

引渡証券もまた有価証券である。それゆえ債務者は証券なしには給付する必要はない。証券の引渡なき引渡請求権の譲渡（*Abtretung*）を、債務者は顧慮する必要はないであろう。それは一般原則（第六章 I 2）に従っても無効であろう。引渡請求権によって譲渡されうる物についての権利は、それゆえただ物の引渡または証券の引渡によってのみ譲渡される。すなわち BGB 九三一条は、それゆえ無記名証券のためには妥当しない。

証券占有者が、証券を、債務者がもはや物品を占有していない時に譲渡するときは、BGB 九三一条が顧慮される。場合によっては、すなわち所有権者と取得者が、所有権者が取得者に引渡請求権を譲渡することについて考えなかった場合には、転換が認められなければならない（BGB 一四〇条）。

九三一条による譲渡の場合には、無記名証券を別として、債務者は、しかし債権譲渡人に対する関係で彼に帰属している彼の抗弁を、債権譲渡人に対してもまた対抗することができ。この点において九三一条による譲渡は、引渡証券の譲渡から区別される。

債務者が物品をまだ占有している時に、非所有権者または制限物権の付された所有権者がそれを引渡証券の交付によって譲渡するときは、取得者は、善意の場合には自由な所有権を取得する。債務者の諸権利（例えば、質権）もまた消滅する（九三一条による引渡請求権の譲渡の場合には異なる）。

その場合、引渡証券の取得者は、物そのものの占有を後からさらに受け取る必要はない。そして彼は、彼が物の占有を取得する時もまだ善意であることは必要ではない（引渡請求権の譲渡に関する BGB 九三六条一項三号は異なる）。

物品が所有権者から占有離脱し、そしてその後、非所有権者に、例えば、船主によって船荷証券が振出され、これを第三者が善意取得したときは、第三者は、引渡証券の助力によっても物品についての所有権を取得しない。なぜなら証券は、ただ物品の代わりになるにすぎないが、盗まれた物品については、しかしまた、善意者は権利を取得しえないからである。

文言的な有価証券においては、振出人は、彼によって惹起

されたレヒツシャインのゆえに、この外観の基準に従つて、物品の引渡について責任を負う（第二章、第三章）。しかし彼は、例えば債務者が物品を占有しないゆえに、この責任が可能でないときは、同じ原則に基づいて、損害賠償の責任を負わなければならない。それゆえ船主が指図式船荷証券を振出し、これが交付前に盗まれ、これを盗人が——第三者に、例えば、自分が商品輸送の名宛人と同一人であると欺くことによつて——誠実な第三者に譲渡するか、あるいは、盗人が船荷証券を故買者に対し裏書によつて密売し、そして、故買者が誠実な第三者にこれを譲渡するときは、誠実な第三者はもちろん物品についての所有権を取得しない。なぜなら船主が船荷証券を振出しそしてこれを盗まれたことのゆえに、いかにして荷主からその者の所有権が奪われうるであらうか？。そのような船荷証券は引渡証券ではない。しかし証券の取得者は、船荷証券の取得の際に、彼が引渡証券を取得することを期待することができた。その外観を船主は惹起している。船主は、それゆえ損害賠償の責任を負う。（異説、Boyens, Z. f. ZR. 86, S. 242 f.）。まさしく、船主が証券において虚偽に証明したようには、船主は物品を受け取らなかつたゆえに、証券は引渡証券ではないということなのである。たいていの場合、彼はまさしくその場合には不注意に行動しているであろうが、しかし確かに別の場合もまた考えうる

（異説、Boyens, a. a. O.）。船主がいつで既に最初の受取人に対して責任を負うことは、船荷証券がそれによれば受取人の船主に対する法律関係のために標準となるところの HGB 六五一条から結果する。

## 權利と証券の結合

### (a) 一般

#### 第七章

有価証券は、權利の行使の際の資格手段の目的を有する。  
1. 証券の消滅は、それゆえ權利を無効にはしない。そして行使のために証券は除權判決によつて、それゆえ別の資格手段をとおして代替されうる。証券についての変更は、決して權利の行使を妨げない。ただ、変更がこの意図においてまたはこのために通常の形式において行われたゆえに（例えば、權利者が証券を權利滅却の目的のために引き裂いたゆえに）、証券についての変更をとおして無記名証券と指図証券の表章された權利が消滅する場合にのみ、權利は消滅し（なぜならここでは証券の放棄の類推が適用されなければならないから）、そしてそれによつて權利を行使するという可能性もまた止むのである。

2. 有価証券の他の有価証券による補充は可能である。そ

のことは、例えば、もともとの証券が破損した場合に、意味をもちうることである。すなわち、有価証券とは、その取立の後に、同じ内容の新たな権利もまた結合されうる。流通停止による無記名証券の指名証券への転換、帳簿上の債務への有価証券債務の転換は、許される。

3・複本の可能性は、しばしば、例えば、DWO六六条、BGB六四二条、SchHG九条において、認められている。

(56) 第一章1,3 a S. 77.を参照せよ。

## (b) 証券の無効宣言

1・無効宣言しうるのは、手形・小切手・HGB三六三条の技術的に裏書可能な証券、株券および中間株券(Interimsschein)、ライヒスバンク持分証券(Reichsbankanteilscheine)、無記名債務証書、ライヒ債務支払委託およびライヒ国庫支払委託(Reichschuld-und-schatzanweisungen)、八〇八条の跛行的記名証券(hinkende Namenspapiere)、プロイセン鉱山株券である。——無効宣言しえないのは、銀行券およびその他の一覧払無記名債務証書、利息証券、定期金証券(Rentenscheine)、配当金証券(Gewinnanteilscheine)、法律行為によつて無効宣言不能とされた証券である。保険証券は、しかし、無効宣告を排除する当事者の決定

によつてその有価証券性を奪われる。この場合には、債権者は保険金額の支払をいつでも、自分は証券の返還が不可能であるという単なる主張に基づいて、訴求することができる(BGB三七一条による保険契約法三条)。

II・除権判決の前提は、証券の滅失(Vernichtung)と喪失(Verlust)である。証券がまったく破壊される場合、または、その一部が証券の同一性がもはや確かめられない程度に破壊される場合に、証券は滅失したのである。すなわち、その他の表章された権利のために本質的な部分の滅失は、公示催告を正当化しないしそれを必要としない。公示催告は、その証書がまさに疑いなく公示催告を申立てた者の手にあるゆえに、第三者が公示催告された証書を呈示することが不可能であることが確かである場合には、無意味であろう(争いがある<sup>(57)</sup>)。証書は、申立人が証券を占有したことがあり、そして現在もはや呈示することができない場合に、彼が証券を第三者に完全に自由な所有権として譲渡したのではない限りで、喪失されるのである。それゆえ所持人が証券の所持を彼の意思に基づかず失ったのでなければならぬことは、必要ではない。そのことは、彼が喪失を自ら惹起したとする場合にもまたそうである(争いがある)。

III・申立権者は、指名証券においては証券からの権利者であり、無記名証券と指図証券においては証券の最終所持人な



らびに裏書された証券の最終所持人であり、記名株券およびライヒスバンク持分証書においては帳簿に記入された者である。

#### IV・除権判決は、

1・証券から有価証券の性質を奪い、  
2・判決の取得者に証券からの権利を行使する権利を与える。しかし無効宣告は、無権利者には表章された権利そのものを与えない。なぜなら権利者は彼の権利に関して排除されるのではなく、ただ証券占有者がその資格手段に関して排除されるだけであるからである。彼の権利に関して排除されるのは、しかし、証券についての権利と証券からの権利を申立人の証券喪失後にはじめて取得した者である。なぜなら申立人は、公示催告手続において、たとえ明示的に提出されないとしても、彼による証券喪失後、何びとも占有を取得しこの占有をもって登場することをあえてしてはならず、それゆえ何びとも証券を占有していないかまたは少なくとも盗人または盗品故買者が占有しているのであるから、もしかするとあるかもしれないそのような喪失後の取得者は排除されるべきである、という主張をもって登場するからである。それゆえ第三者が証券の占有を申立人の証券喪失後に取得し、そして公示催告手続において届出をしないときは、この第三者は排除される。それに属するのは、しかし、権利を申立人の証券

喪失後に取得したと主張するすべての人々である。なぜなら彼らは、原則として証券のその後の占有取得なしには証券を取得しえなかったからである。

3・判決を得た者のためには、彼が権利取得、とくにもしかするとあるかも知れないその間の譲渡、を証明する必要なしに、彼が証券からの最終の権利者となっているという推定が働く。

4・判決を得た者は、新たな証券の付与を求める権利を有する。

5・履行ならびに新しい証券の振出を求める判決からの請求権に対しては、すべての従来の権利の瑕疵が対抗される。ただ請求者が証券をいちども占有したことがないという主張だけは許されない。

V・公示催告手続において異議を申立てる権利があるのは、1・証券の所持人、2・証券を申立人の後で占有したがそれを再び失った者、である。2・には、申立人が証券を失った後で証券からの権利を取得した者もまた属する。それゆえ無記名証券と指図証券からの諸権利を、盗人または盗品故買者としてではなく善意で、申立人の喪失後に取得したと主張する者は、異議を申立てることができる。

VI・長く継続する公示催告手続が浮動的である限りで、証券所持人は資格を与えられたままである。それゆえ所持人

は、もしかすると彼の権利を行使することができ、そしてそれをとおして——とくに取立をとおして——除権判決は凌駕されそして無価値となりうる。ところで公示催告を行う債権者は、資格を与えられた所持人が債権者の権利をどのようにに滅却するかを手を拱いて見守ることを必ずしも強いられるべきではない。それゆえ公示催告手続の開始後、1. WOによれば、手形の喪失者は、引受人から(WO七三条)担保と引換に支払を、しかし担保なしに供託を、要求しうる。2. HGBによれば、すべてのその他の指図証券における喪失者は、すべての債務者から給付を担保と引換に(SchG二七条、HGB三六五条二項)要求することができる。無記名証券においては、公示催告手続の許可後、支払停止が可能である。支払停止は、裁判上の支払停止において存するが、喪失者と称する者の利益のための裁判上の譲渡禁止を含む(ZPO一〇一九条)。

(57) ただそのような証券に基づいて所持人が彼の費用で振出人から新しい証券の振出を要求しうる限りでのみ、一部分破壊されたあらゆる証券は諸権利を与える。

(58) 公示催告は、例えば、所持人が確かに証券を保管のために引渡したが、もはや誰に引渡したかを知らない場合に、許されなければならない。

(59) 証券の盗取者が除権判決を惹起した。被盗取者はそれによって

は何も失っていない。

(60) 私は手形を失った。手形は善意者に対して裏書されている。善意者の取得後に、私は公示催告を行いそして除権判決を獲得する。すなわちXは、レヒツシャインのみならず彼の権利をもまた失う。

(61) 私から無記名証券が盗まれた。盗人はそれを焼失し、そして除権判決を取得する。この判決は私を排除しない。——これとは反対に、盗人が私から盗んだ無記名証券を善意のXに譲渡し、そして私が後に除権判決を得たときは、Xは排除される。なぜならそこから番号V、2のためにまた、Xは公示催告手続において除権判決がなされることに対しては、彼が証券を喪失のゆえに呈示しえない場合ですら異議を申立てうるのでなければならない。

(62) しかしここですべての指図証券について規定されていることは、WOがそれらの者のために何ら特別のことを規定しなかったすべての手形債務者のためにもまた、類推的に妥当する。それゆえすべての手形債務者は資格を与えられた所持人に担保の給付と引換に支払うべき義務を負わされ、引受人はしかも担保なしですら供託しなければならないのである。

## 八 債権者と債務者の間の法律関係

### 第十九章

1. 不可欠の資格手段としての有価証券の目的に従って、債権者は証券からの権利を債務者に対してただ有価証券の呈示のもとにのみ行使することができる。しかし債務者が証券

を既に占有しており、そして、例えば、債務者が証券を債権者から奪ったゆえに、債権者に対して返還の義務を負うときは、債権者は権利を証券なしでもまた行使することができ

る。  
 2・有価証券は受戻証券 (Einlösungspapier) である。それゆえ債務者は、ただ証券の引渡と引換にのみ給付する必要がある。なぜなら「証券を占有しなければならずそして所有者である」債権者は、私は引渡が不可能であると主張することはできないからである (BGB 三七一条)。債務者への証券の引渡後は、債権者は権利をもう一度行使することはできない。受戻によって債務者は、彼がたとえただ資格を与えられたにすぎない者に給付した場合であっても、その者が権利者であつたか否かに拘らず、所有権を取得する。かつての真の債権者は、それゆえ、証券を所有権者として再び調達することはできず、そして、権利を新たに行使することはできない (BGB 七九三条一項二号を参照せよ)。債権者が権利行使後に証券からのさらなる権利を (例えば、株主総会における株式に基づく議決権行使に従つて) 保持するときは、彼は証券を引き渡す必要はない。

有価証券の基礎に (例えば、売買代金債務のための手形におけるように) 原因債務が存し、そして債権者がこれを有価証券なしに行使するときは、債務者にはBGB 二七三条によ

る留置権の抗弁権が帰属する。

3・債務者は有価証券の受戻の目的のために満期になった債務の支払を求める権利を有する。

4・債務者は、有価証券債務においては、その時々

の債権者を知らない。そこから「次のことが」結果する。  
 (a) 債権者は、原則として債務者のもとに現れ、債務者に取立の目的で証券を呈示しなければならない。この意味において有価証券は、通常、呈示証券である。しかし有価証券は「呈示不要」という消極的呈示文句を担いうる。その場合には、債務者は債権者を搜索しなければならない。債務者はそれゆえ、もともとの債権者に問い合わせなければならない、この者は債務者に後者 (Nachmann) を示さなければならない。

(b) 呈示証券に基づく債務は持参債務である。そこから再び「次のことが」結果する。

(c) 「期限は人に代わつて催告する」(dies interpellat pro homine) (BGB 二八四条二項) は呈示証券のためには妥当しない。

(d) 「期限の設定は債務者の利益のためである」(dies adjectio pro reo est) (BGB 二七一条二項) は呈示証券のためには妥当しない。なぜなら債務者が、彼が支払期日の経過前にただ偶然にそして思いがけず彼の債権者として知りあつ

たところの者に支払つてよいということは、考えられるべきではないからである。

(e) 抽選で決めうる公社債においては、通常、抽選の結果は公けに広告される。債権者はそれによつてあらゆる提供なしに受領遅滞に陥る。それゆゑB G B二九五条は妥当しない。

(f) 給付の満期においては、債務者は受領遅滞がなくても、B G B三七二条二項に従つて、債務者に証券が資格を与えられた者によつて支払のために呈示されない限りで、供託することができる(原著二四頁を参照せよ)。

(g) 債務者が債権者に対する関係で特別の表示をする権利を有するときは、債務者はそれらの表示を債権譲渡の通常の原則に従つて債権者として資格を与えられる者に対して、すなわち債務者が後の債権者を知らない限り、より以前の債権者に与えることができる。B G B一一五六条を参照せよ。

(h) 大量発行の場合においては、債権者らは組織されている。とくに債権者らは支払猶予をすることができ、または(元本ではなく)利息を放棄することができ。債権者らの統一体は管理権を有し、その統一体が統一体を法律的に代表する機関をとおしてそれらの管理権を実行せしめる(一八九九年一月四日の債務証券の占有者の共通の権利に関するライヒ法律)。

5. すべての有価証券は、一定の範囲において流通証券である。流通においては、取得者が予期しえない抗弁は嫌われる。広い範囲で、この点においては、文言的有価証券の取得者のために予防措置がとられている。しかし(a) その他の有価証券においてもまた、それ自体抗弁なしに有価証券から債務を負う者は、債務関係の外で以前の債権者に対して基礎づけられている免責権を援用することはできない。有価証券からの以前の債権者に対する債務者の債権をもつてする相殺は、現在の有価証券の債権者に対する関係では、それゆゑ許されない。——(b) 有価証券債権が反対給付に依存するときは、双務契約(B G B三二一条以下)ではなく、有価証券において表章された債務がそれに従つて反対給付が実行される場合のみ給付されなければならないところの条件が意欲されたものとみなされなければならない。この反対給付は、有価証券からのもともとの債権者が履行する必要はなく、その時々々の債権者が履行しうる。

6. 混同は、債権者が混同の継続中要求しえないことだけを必然的に惹起する。そのほかに個々の債権債務の効果が全くかつ最終的に除去されるかどうかは、ただ個々の法律的目的に従つてのみ判断される。

7. 訴訟において、訴えの原因に属するのは、権利取得(Rechtserwerb)と資格(Legitimation)である。もっと

も無記名証券と指図証券においては、ただ資格だけの主張で足りる。それゆゑ被告は、権利取得の瑕疵を抗弁しなければならぬ。不可欠の資格の主張のためには、たんなる占有の主張で足りる。ただ被告の異議の際にのみ、訴訟において証券自体の呈示が必要である。——〔被告の〕敗訴判決は、ただ証券の引渡と引換にのみ実行されうる。強制執行も同様である。

## 九 各 論

### (a) 指名証券 (Rektapapier)

#### 第二〇章

I. 指名証券は、特定人または一般規定に従つて求められべきこの者の権利承継人が権利者であるべき有価証券である。それはただ、その占有が（いまだ権利者である者としての）占有者の資格の実現のために必要であり、そして債務者は債権者のこの資格なしには給付してはならない場合には、有価証券である（第一章原著七頁以下を参照せよ）。——指名証券に属するのは、消極的指図文句を伴う法律上の指図証券、指図禁止を記載する不動産抵当証券・指図・船荷証券・貨物引換証・倉庫証券、BGB八〇八条の跛行的記名証券、指定された指名証券（もつとも保険証券は除く）、固定

された無記名証券または指図証券、である。

II. 指名証券は譲渡可能である。譲渡は、証券の引渡を必要とする（例外は、プロイセン鉱山株券、§ 105 Allg. Berg. G. B.）。買入も同様である。一般にBGB一二八〇条によつて要求される第三債務者への買入の通知は、正当な見解によれば、指名証券の買入の際には必要ではない。第三債務者は有価証券においてはそのような通知を心配する必要がないのであるから、通知は無意味であらう。そして質権者は彼がまさに証券占有をとおして既に保証されているゆゑに、第三債務者への通知によつてはじめて保証される必要はないのであるから、通知は余計であらう。なぜなら有価証券債務者は、証券を占有しない債権者への給付によつては、質権者に対する関係で免責されないからである。一二八〇条は、その本文（「その譲渡のためには債権譲渡契約で足りる」）に従つてもまた、有価証券には適合しない。なぜならその譲渡のためには証券の引渡が必要であるからである。——債権譲受人には、譲渡人の人格からのすべての抗弁権が對抗されるが、しかし債権譲渡後にはじめて、もはや証券によつて資格を与えられていない債権譲渡人と債務者の交渉によつて成立した抗弁権は對抗されない（第一章および第一〇章）。

(63) 貯蓄銀行は（記名式の）貯蓄銀行通帳を占有するもとの債

権者への債務を、同銀行に債権の買入が通知されたとする場合にもまた、支払うことができる。原著九頁を参照せよ。

(64) 貯蓄銀行は、もともとの債権者にこの者が債権を買入し、質権者が(記名式の)貯蓄銀行通帳を占有する場合には、給付することはできない。原著一〇頁を参照せよ。

## (b) 指図証券

### 第二章

I・ギリシャの模範に遡るローマの法慣習から、フランク時代の証書記載者は、証券において最初の債権者のための約束のみならず、(第三者が自己の権利によって権利者となるのであれ、第三者がまず最初に債権者として指名された者の代理人であるべきであれ)将来の証券所持人のための約束をもまた、承継した。その場合、前者が考えられているのか、後者が考えられているのかの問いは、証券において表現されている必要はなかった。その場合、債務の取立てのために、所持人が証券を最初の受取人の意思をもって占有する、という証明で足りた(「あなたに、または、あなたが証券をその者の手へと発行するであろう者に (tibi aut cui cautam in manum emisericis)」[「あなたが証券を委ねるであろう者に (...cui cautam dederis)」[「要求物と引換にあなたが委ねるであろう者に (...cui dederis ad exigendum)」]

(Exaktionsklausele)。時にはしかし、第三者の代理関係もまた、証券の中で強調された(「あなたに、または、あなたの代わりに、すなわちあなたの立場のために、この書面をその手において買うであろう者に」(tibi aut cui hoc scriptum vice tua, pro parte tua in manu parerit))。ドイツ語の書式は、「あなたに、または、証券をあなたの意思、あなたの善き意思をもって所持する誠実な所持人に」である。——イタリアにおいては、「あなたに、または、あなたが指名するであろう者に、あなたが指図するであろう者に、もしくは、その者が指図するであろう者に、指図によって」(tibi vel cui ordinareris, praeceperis, o chi ordinara, all'ordine)である。——フランスにおいては、「何某にまたはその指図人に::その者の受命者に、その者の受任者、代理人に」(à NN ou à son ordre::à son commandement, à son command, commis)である。——現在、ドイツにおいては、「X氏またはその指図人に、X氏の指図人に」である。——第三者は、彼が証券を最初の受取人の意思をもって所持することを「もともとは特別の意思証券によって、後には証券上の記載(イタリアでは下部、フランスでは裏面の)によって」証明しなければならぬ。多数回の裏書の禁止は、(銀行家の働きかけにより)白地式裏書へと導いた。裏書人の人格からの抗弁権 (Einreden ex persona indossantis) の脱落

は、証券の流通能力の促進へと結果した。

II・概念。指図証券は、債務者が、特定の記載された者、または、その特定された者が債権者として記載するであろう別の者に、給付の責任を負うところの有価証券である。

III・指図証券の成立は、このために適切な証券の有効な作成をへこの創造で十分であるとか、または、それだけで一つの意思表示でもあるということなしに、前提とした。指図性の表現のために、通常、指図文句が必要である。しかし若干の場合においては必要ではない。すなわち、手形、小切手および株券は、法律上の指図証券である。——原則として指図証券の成立のためには契約が必要であること、しかし誠実な第三取得者のために、振出人によつて惹起されたそのような契約の外観が、技術的な指図証券においては十分であることは、第三章において示されてきている。

IV・(b)債権譲渡 (Cession) と裏書は、それらが権利を譲渡することを共通にしている。裏書においては、これに「権利を取得すべきである者、その者のために既に振出人は最初の受取人に給付を約束しているのであるということ」が加わる。効果においては、それらは、被裏書人が、裏書の瞬間から裏書された証券の占有をとおしてそれだけで資格を、そしてそれも技術的に裏書可能な証券においては公信用ある有価証券の諸原則に従つて資格を与えられるのに対して、単純な

債権<sup>(65)</sup>の債権譲渡人は、債権譲渡について債務者が知るに至るまで、債権者として資格を与えられた状態にとどまる、という点で異なっている。

V・裏書は、権利移転的効力 (Transportfunktion) を有し、証券からの権利を譲渡する。手形および小切手においては、裏書は担保的効力 (Garantiefunktion) をも有する。すなわち裏書人は、すべての後者に対して証券の受戻について、手形においては引受についてもまた、責任を負う。担保は、証券上の記載をとおしてもまた排除されうる。1・証券が振出人によつてこの消極的指図文句 (「指図禁止」) を備え、それゆえただ債権譲渡をとおしてのみ譲渡可能、したがつて指名証券となつていたときは、担保的機能は脱落する。2・さらにあらゆる裏書人は、担保的機能を拒否しうる (「無担保!」という「不安の叫び」をとおして)。3・手形の裏書人が彼の裏書にさらなる裏書の禁止を付加するときは (「しかし指図禁止」)、彼は後の被裏書人に対して責任を負わない (DWO 九条、一四条、一五条、SchG 八条、一五条)。

VI・裏書は、証券からの債務者、すなわち手形からの以前の裏書人、支払人に対しても許される。これに対して小切手の支払人に対する裏書は、受領証とみなされるだけで、裏書とはみなされない。——すなわち支払人が、小切手を裏書に

よつて、支払人に対し振出人と裏書人が責任を負うというように取得しうるとすれば、支払人は、へ彼が小切手をその場合にはまさに受戻すのではなく、売買代金の支払と引換に裏書によつて彼が間もなくさらに資金を受取るであらうという期待において取得することによつて、小切手を、彼が資金を受領したということがなくても、小切手所持人に危険なしに支払いうることになるであらう。その場合、後になつて資金が与えられないときは、支払人は「それ自体」支払うのではなく「拒絶証書を作成し、支払欠缺による遡求をなしうることになるであらう。そうすると小切手は、信用証券となりうることになるであらう（原著一九頁以下を参照せよ）。手形を取得した支払人は、さらに裏書することもできる。これに対して小切手の支払人は、裏書によつて取得した小切手をさらに裏書することはできないであらう。なぜなら裏書は、受領証とみなされるからである。しかしながら小切手の支払人は、十分に白地式裏書を具えた小切手を取得すべき地位にある。これをしかし彼は、さらに裏書することはできない、Sch G 八条二項三文。彼の裏書は無効であらう。さもないければ、彼は裏書によつて債務を負担させられることになるであらう。しかし支払人は、彼がこれについて特別の行為をとおして小切手上債務を負わされているゆえに支払うべきであるのではなく、彼が振出人の資金を自己の背後に有する

ゆえに支払うべきなのである。すなわち小切手は信用証券であるべきではない。——証券が、他人（G）に対して証券から既に振出人または裏書人またはその他特別の方法で責任を負う誰か（S）に裏書されるときは、G に対する S の以前のこの責任は、G が証券を再び S から受戻す場合のために存続する。ところで「まさに返すであらうものを要求する者は悪意で行為する」（*Idolo facit qui petit quod redditurus est*（という原則から）、裏書人 S は前者 G から、G が S を彼の前者として再び要求しうる限りで、何ものも要求しえないことが結果する。A が B に、B が C に、C が D に、D が B に、そして B が X に裏書した場合、なるほど X は請求できるが、しかし B は、C および D に請求することができない。

VII. 小切手および手形における裏書からの責任は、法律から結果するのであつて、責任の引受に向けられた意思表示から結果するのではない。裏書はもちろん意思表示であるが、しかしその内容は、証券権利（*Papierrecht*）の譲渡だけを対象としてもつ必要があるだけである。この意思が欠けるときは、譲渡および（場合によつては取消による）譲渡からの責任は、直接の被裏書人に対する関係では除去される。これに対して、裏書人が責任を引受けようとしなかったことは重要ではないであらう。<sup>66</sup>これに対して裏書と外形的に類似する無記名小切手の裏面上の氏名の記載（Sch G 一五条二項二



文)は、債務の基礎づけに向けられた法律行為的意思表示である。それゆえ氏名の記載者は、意欲されなかった債務負担の際には責任を負わないのである。——ただし誠実な第三取得者に対する関係でレヒツシャインに従う(責任を負う)ときは、この限りではない。小切手においてもまた、後続する氏名記載者は先行する氏名記載者に、裏書法の類推に従って、頼る(『請求する』)ことができる。さらに支払人は、無記名小切手からの彼の氏名の記載からは、責任を負わない。なぜなら小切手は、さもなくば信用証券となりうるであろうからである(SchG一五条)。

VIII・種類。1・取立委任裏書、質入裏書ならびに取立目的の完全裏書については、第七章を参照せよ。——2・裏書人の氏名のみから——補充のために必要な何らかの余白がなくとも——なることが必要である白地式裏書は、DWO一三条(EWO「ハーグ統一手形法」一二条)において示される効果を有する。——3・手形における期限後裏書は、支払拒絶証書作成後または支払拒絶証書作成期間経過後になされる裏書である。拒絶証書が適時に作成されるときは、遡求権は確保されるが、しかし通常いちど支払拒絶が確定されるときは、改めてなされる呈示の際における手形の受戻に対する希望はほとんどない。それゆえこれらの期限後裏書は、DWO一六条によれば担保的効力ではなく、単なる移転的効力のみ

を有する。そのような手形は、もはや流通のために適切ではなく、それゆえ裏書は債権譲渡としてのみ働くのである。拒絶証書が裏書の時に拒絶証書作成期間経過後であるにも拘らず作成されていないときは、遡求権は消滅している。しかしDWOの見解によれば、裏書から完全な効力を奪う理由は欠ける。EWO一九条によれば、これとは反対に、あらゆる期限後裏書は、つねにただ債権譲渡の効果のみを有する。

IX・指図証券のたんなる債権譲渡もまた可能である。それは、ただ債権の譲受人に譲渡人が占有する権利を譲渡するという意図において、行われるのであって、債務者が将来の被裏書人に約束したゆえに債権譲受人を権利者となすという意図において行われるのではない。しかし債権譲渡が考えられているのか裏書が考えられているのかは、ここでは必ずしも容易には決定されない。しかし裏書のためには、裏書の特別の効果に向けられた意思表示でもまた足りる。それによつて裏書の効果が生ずる。第三者のためのレヒツシャインのためには、ただ外形的に裏書が存在するか否かだけが顧慮される。

X・技術的な指図証券は物である。所有権、質権、用益権は、合意(Einigung)と裏書された証券の引渡(Übergabe)をとおして基礎づけられる。——裏書が質入裏書として外部的に認識しうべく作られるときは、<sup>(67)</sup>質権は権利の質

入に関する原則に従つてのみ、行使されう。すなわち被担保債権の質権実行時期に至るまで（すなわち被担保債権が期限の到来した金銭債権となるまで）、債務者は、質権者および債権者に対して共同でのみ給付をすることができる（BGB 二二八一条）。その後はただ質権者だけがその満足のために必要である限りで債権を取立てる権利を有し、そして債権者からその限りで債権そのものの譲渡を要求することができる（BGB 二二八二条）。ただ指図証券が市場価格または取引所価格を有する場合にのみ、質権は一定の関係において物についての質権として行使されう。この場合には、質権者は、質権を実行しうる時期の後に、証券を流通されるべき価格（時価）で任意にそのための権限を有する人をおして売却させるといふ権利が与えられる。BGB 一二九五条。指図証券の競売は、それゆえ、その場合にもまた許されない。——質入が完全裏書によつて行われ、そしてそれによつて質権者が質権設定者の意思に従つて、外部に向かつて、それゆえ債務者に対する関係でもまた、質権が設定された権利について完全な力を受け取ったときは、質権者は、被担保債権がまだ担保権実行の時期に——満期の到来した金銭債権に——なっていない場合ですら、質権が設定された債権を取立てることができる。

XI・技術的に裏書可能であるのは、手形、小切手、株券、

中間株券およびHGB 三六三条の指図証券である。單純に裏書可能であるのは、ライヒスバンク持分証券、期限後裏書によつて譲渡される場合の手形と小切手、指定された技術的でない指図証券（die gewillkürten, nicht technischen OP.）である。

(65) 対立物は、有価証券債権である。それゆえもし指図証券が債権譲渡されるときは、債務者は、譲渡人が指図証券をもちや占有しない限りで、譲渡人と関わりあうことができない。第一章、原著七頁以下を参照せよ。

(66) 対応することは、為替手形について妥当する。そこでは意思表示は、ただ手形法的な支払委託にのみ向けられていなければならず、同時に責任の引受に向けられるのではない。為替手形振出人と裏書人は、ほとんど常に責任との関連において教示されており、そしてそれゆえに責任を通常もまた意欲するといふことは、このことを何ら変更するものではない。むろん手形の振出人が、責任を負うことを欲しないことを表示した場合には、為替手形からはあらゆる効果は欠けることになるであらう。

(67) 上述第七章を参照せよ。

## (c) 無記名証券 (Inhaberpapiere)

### 第二章

I・持参人、文句（この書面を手に入れたであろう者に）

(ad hominem, cui hoc scriptum in manu parerit) ——この証券の所持人、呈示人に——対する約束は、選、択、持、参、人、文、句すなわち「あなたにまたはこの書面を手に入れたであろう者に」(tibi aut cui hoc scriptum in manu parerit) から區別されなければならない)は、既にロンゴバルドおよびフランクの証書集成の中に見出される。

II・無記名証券は、債務者が所持人を債権者として扱ってよいだけではなく、ただ自己の危険においてのみ所持人の権利を非難しうる有価証券である。なぜなら所持人が権利者であることを否定する債務者に立証責任が負わされ、そして敗訴した場合には訴訟費用が負担せられるからである。——

無記名証券の創造のためには、証券の作成者が証券の中で「証券からの権利を行使しようとする者は、資格証明(Ausweis)のために、ただ証券の所持のみを必要とするということ」を表現することが必要である。法律的には、このことは直ちに、「通常一般には、給付は、証券の『所持人』または保有者に約束されていなければならないのに対して」権利者を記載していない小切手にあてはまる(Sch G四条二項)。証券における債権者の氏名の記載は、『または所持人に(oder Inhaber)』という追加部分が付加されている場合(BGB八〇八条)にもまた、無記名証券の性質を原則として排除する。もつとも権利者の氏名と並んで『または持参人

に(oder Überbringer)』という持参人文句(Überbringer-Klausel)を担っている小切手は無記名証券である。Sch G四条二項<sup>68)</sup>。

III・交付における制限。1・社団証券(Korporations-papiere)。(a) プロイセン鉱山株券は、無記名証券ではありえない。プロイセン一般鉱山法一〇三条三項。(b) 同様に、(a) 引受けた出資の全額払込の前に交付される株式は、無記名証券ではない。無記名証券の交付が意図されているが、しかし無記名株券が「株主がその出資をまだ完全には払い込んでいないゆえに」まだ交付されていないときは、通常まだ確定的な株券ではなく、『中間株券(Intertscheine)』——後に無記名株券によつて代替されるべきである株主権の証書(Verbriefungen)——が交付される。それゆえこの中間株券もまた、所持人向けを示してはならない。HGB一七九条、二〇九条。そのような諸場合において無記名株券または無記名の中間株券が許されるとすれば、株式会社は、その株式を出資の支払のためにつかまえることができないであろう。(b) 一〇〇マルク未満の株券が、政府の認可なしに交付されるときは、それは譲渡制限付き記名株券とならなければならない。HGB一八〇条、一九二三年二月二八日の金貨借対照表命令(Goldbilanzverordn.)一七条<sup>69)</sup>——(γ) 従たる給付を認める株式会社の株券が問題となるときは、それは記

名式でなければならず、そしてただ会社の承認をもつてのみ譲渡されうる（HGB 二二二条）。

2・物権的証券。無記名抵当証券は許されないが、無記名土地債務証券と無記名定期金債務証券は許される（BGB 一一三条、一一九五条）。

3・無記名債権証券は、(a) 一般に——それが許される限りでのみ可能であるところの——技術的指図証券とは反対に、その許容が排除されない限りで許される。しかし国内において振出される一定の金額を表示する無記名債務証券 (SchV) については、流通におくためには国の認可を必要とする（BGB 七九五条）。さもなければ国債に對して好ましくない競争を行わせることになるかも知れないところの、まさに無記名債務証券の大量発行が危惧されなければならないであろう。（商人は、制限を、債権者がすぐに白地式裏書をそれに与える商人指図債務証券をとおして本質的に無用のものとなしうる。HGB 三六三条を参照せよ）。禁止のもとには、債務者がそれをとおして誰かにその者を公社債の債権者とする約束をする債務証券 (Promessen) は入らないし、——債務者が最初に債権者に引渡された利息証券または利益持分証券の満期後にそれと引換に新たな一連のそのような証券を交付するところの更改証券 (Erneuerungsschein) は入らないし、——最後に富くじ券 (Lotterie) も入ら

ない——。なぜならこれらすべての場合においては、七九五條の文言と意味があてはまらないからである。以上とは反対に、正当な見解によれば、おそらく無記名土地債務証券は、債権を表章していないにも拘らず、法律はその目的に従つてさらに高められた「物的な土地責任をすらさらに結果として有する」程度において所持人に妥当を要求するゆえに（禁止のもとに入る）。——無記名小切手は、これとは反対に、法律に従えば、金額約束である。振出人は、なるほど自ら支払う債務を負わないが、彼は支払人による支払を生じせようとする。しかしそのことは、それだけでは、法律の目的に従えば、小切手から金額約束の意味を奪うことはできないであろう。しかし小切手法の制定前は、支払人による小切手の支払に對する振出人の責任はまだ存在しなかった。小切手法は、しかしこの責任の導入によつて支払目的での小切手の利用を高めようと欲したのである。国の許可の要件によつては、それは除去されることになつたであらう。さらに、小切手に基づく請求権は短期の呈示期間の經過後は消滅し、そしてこの理由から国債とは競争において登場しえないことがつけ加わる。それゆえそれらにおける国の許可の要件のための理由は脱落するのである。——違法に取引にもたらされた無記名債務証券は無効である。土地債務の無効は、むろん誠実な取得者に対しては土地登記簿の公信力のゆえに意味をもた

ない。——無効な証券の振出人は、所持人に交付によって生じた損害を賠償しなければならない。いかなる損害が賠償されなければならないかは、しかし問題である。すなわち振出人が無効のゆえに給付する必要があるかどうかということに対する責任は、履行利益と同一であろう。これが賠償されなければならないとすれば、法律が規定する無効については、それ以上何も残らない（『無効といっても無意味』）であろう。それゆえただ所持人が、無効の認識があったとすれば証券を取得しなかつたか、または、別の方法で完全に価値のある証券を入手したであろうにも拘らず、無効の証券を取得したことをとおしてこおむつた損害だけが残るのである。債務者が無効を知っていたときは、それゆえ法律上、賠償されるべき損害は欠けるのである。BGB二五四条からではなく、この視点からは、そのような認識の抗弁は重要であろう。振出人の責任は、彼の意思表示による責任のための賠償として登場するのであり、もしかするとあるかも知れない過失に基づくのではない。債権者が無記名債務証券の無効を認識しえたであろうという債務者の抗弁は、それゆえ基礎づけられないであろう。

(b) 特別規定、(a) 無記名手形は、DWOによれば無効であり、EWOによれば手形とはみなされない。（しかし無記名小切手は許される）。(d) 銀行券およびその他の一覧で支

払われうる無利息の債務証券は、ただ国によって許された発券銀行によってのみ交付されてよい。(c) プレミアム付きの無記名証券は、ただライヒ法に基づいてのみ交付されてよい。そのような公社債は、法律が拘束力なしに付加しているようにライヒまたは連邦構成国の国債の目的のためにのみ発行されるべきである。禁止されるプレミアム付無記名証券は、それがさらに譲渡されてはならず、取引所および類似の集会所で取引されてはならない限りで、商取引の外 (extra commercium) におかれる。許されるプレミアム付き無記名証券もまた、一部支払と引換に売却されてはならない。——(d) 持参人を表示する保険証券は、しかしながらただ跛行的に指名証券である（保険契約に関する法律の四条）。

IV・無記名証券は、文言的な有価証券である（誠実な第三取得者に対する関係でのレヒツシャイン）。

V・無記名証券は、物である（指図証券におけるのと対応することが妥当する）。しかし無記名証券についての質権は、物に関する諸規則に従って——競売をとおして、または、取引所価格または市場価格を伴う無記名証券においては、流通価格での任意の譲渡をとおして——も、権利の換価に関する諸規則に従って、すなわち取立をとおしても、行使されうる。ここでは質権者は、証券の占有をとおして、質権設定者の意思をもつてつねに完全な債権者として資格を与えられて

いるので、彼はここではつねに、被担保債権の質権実行可能時期になったことなしにも、質入債権を取り立てることができ、我々が見たように、このことは、指図証券においては、質入裏書が完全裏書の形式において付与された場合にのみあてはまるのであるが（上述、第二〇章）。

VI・無記名債権証券に基づく請求権は三〇年の呈示期間内に、付随債権に関しては四年の呈示期間内に、取立の目的の呈示により、または、裁判上の措置によつて行使されなければならない（BGB八〇一条）。期限は、しかし、証券においては、別にもまた決定されうる。期間の懈怠は、債権の消滅に導く。それゆゑ消滅時効の停止原因および中断原因は生じない。申立に基づいてすぐにこの停止もまた命令される限りで、期間は、支払停止の申立によつて妨げられる。訴えの取下により訴えが提起されなかつたものとみなされる場合のほかは、呈示または訴え提起後は、呈示期間はもはや進行しえない。呈示後または訴え提起後は、二年の消滅時効が進行する。

VII・無記名証券は、*「固定化 (Festmachung)」、*をとおして指名証券に転換されうる。この固定化は、——BGB施行法一〇一条を別とすれば——ただ債務者によつてのみ債権者の同意を得て行われうる。再流通化 (*Wiederinkassierung*) のためにもまた契約が必要である。そのことは強制

執行についても妥当する。なぜなら所持人の債権者が固定された証券から満足を得ようと欲する場合には、執行官は、執行裁判所をとおして、再流通化を惹起すること、および、そのために必要な表示を「債権者の代わりに」——すなわちそれゆゑ有価証券の債権者の〔代わりに〕——与えることの権限を——申立に基づいて——与えられうるからである（ZPO八二三条）。ところで有価証券の債権者の表示は、指名債権となった無記名証券を再び無記名証券へと逆もどりさせるためには（もはや）十分ではないので、「債権者は、彼が指名証券の売却そのものをZPO八二三条に従つて執行するか、または、指名文句 (*Namensklausel*) の除去、すなわち、無記名証券への復帰をZPO八二三条に従つて執行するか<sup>(3)</sup>の選択権を有する」ということは正当ではない。むしろ証券からの債務者は、証券が再び無記名証券へと復帰させられることに同意していなければならない。

無記名証券の資格手段は、国または州の無記名債務証書においては、債権者の申立により、または、債務帳簿への登録によつて代用されうる。その場合、帳簿において債権者として登録された者は、債務者に対する関係で権利者として資格を与えられる。盗人が自己を登録させたときは、それゆゑ債務者は盗人への給付によつて免責される。このように登録された帳簿債権の譲渡は、帳簿登録なしにもまた可能である

が、しかし債務者に対する関係では、ただ債務帳簿への登録の後にのみ効力を有する。それゆえ社團証券に関する諸原則(第九章)が適用される。登録のために妥当する諸原則に従って行われる債権譲受人の登録は、実際の債権譲渡なしにもまた債務者に対する関係で資格を与える(一八九一年五月三十一日のライヒの債務帳簿に関するライヒ法および一九一〇年五月二十七日の国債帳簿に関するプロイセン法)。

(68) 呈示期間の経過後は、しかし無記名小切手はたんなる免責証券である。

(69) Die T. VO. zur Durchführung der VO. über die Goldbilanzen vom 7. Juli 1927. (一九二七年七月七日の金貸借対照表に関する命令の実施に関する第七命令)をも参照せよ。

(70) 倉庫証券すら無記名証券でありうる。指図式の倉庫証券は、ただ国家によってそのために授權された營造物によってのみ交付されるのではあるが。

(71) ここでもまた銀行の一覧払いの無記名小切手の呈示期間は、高い意味をもつ。ただその意味をとおしてのみそれは銀行券から区別される。

(72) それについては、第十七章VI原著九〇頁を参照せよ。

(73) Stein-Jonas. Kommentar. は、ZPO八二三条について、そうである。しかしそのことは、債務者は指名証券への転換をとおしてそのような証券からの債務者として、とくに抗弁権に関して、扱われるという権利を獲得する一方で、いまや彼の関与なしに再び公信

力ある有価証券と関係せざるを得ないことになる。この債務者にとつては、ひどいことであろう。それでも債務者は、彼の債権者に向かつて強制執行が行われることに基づいて、損害をうけることはありえない。

#### (d) 付随証券 (Nebenscheine)

#### 第三章

#### I. 利息証券 (Zinsscheine (ZSch.))

1. 有価証券、とくに無記名証券と指図証券は、しばしば、基本証券 (Stammpapier) の文言と数字を担いそして権利者の人格を全く記載しないかまたは持参人払いを記載するところの、特別の利息証券をそなえる。利息証券によって債務者は、利息を既に利息証券のたんなる引渡と引換に支払う債務を負担している。それゆえ利息の取立てのために基本証券が発送されること、または、第三者に——この者が基本証券を債務者に利息の支払のために呈示するために——引渡されることは、必要ではない。それによって利息証券は、利息のための入手手段となる。債務者は、しかし、ただ利息証券と引換にのみ利息支払の義務を負う。それによって利息証券は、有価証券、そしてそれも無効宣言しえない有価証券となる。しかしながら喪失したかまたは無効である利息証券の最終所持人は、彼が振出人に呈示期間の経過前に喪失を届出

ている場合には、B G B 八〇四条によつて彼の權利を維持する（B G B 八〇四条一項一文）。最終所持人がひき続いて振出人に対し喪失を証明するときは、彼は、届出と証明をとおして、彼に以前に証券の占有が与えていた自己のためのレヒツシャイン、すなわち、しかしB G B 八〇四条一項二文に従つて再び登場する証券によつて与えられるレヒツシャインに劣後しなければならぬレヒツシャイン、の代替物を有するのである。それをおして、喪失を届け出そして外見上も証明した喪失者と称する者に対して給付し、そして後にも一度証券を占有する權利者たる所持人から請求されうという危険が債務者をおびやかすのである。この危険から債務者は、喪失者の請求権は呈示期間（第二章VI）の経過後はじめて成立し、それゆゑ債務者は、それまで喪失を届け出た者には、まだ債務を負わず、その後はしかし呈示期間の経過により証券所持人にはもはや債務を負わない（B G B 八〇四条）という規定によつて解放されている。——利息証券は、正当な見解によれば、反対のことがそれらから生じない場合には、無記名証券である。しかしながらB G B に対する関係では、それらは特別の署名を必要としないという慣習法的な命題が保持されてきている。すなわち署名されていない利息証券には、しかし、七九四条は直接には適用されず、ただB G B 八〇七条に従つてのみ修正適用される。——利息証券の

交付は、指図証券から（の利息証券）もまた、それらが無記名証券であるゆゑに、正当な見解によれば、国の認可を必要とする。

2. 利息の約束には、利息証券においてもまた利息に関する諸規定が適用される（B G B 一八七条、二四八条、K O 六三条）。それゆゑ（こ）でもまた利息支払義務（Zinspflicht）は主たる債権債務を前提とする。むしろ主たる債権債務の不存在を知らなかった第三取得者は、レヒツシャインの原則に従つて保護される。利息支払義務の付従性からの完全な例外を、さらに利息証券のためにB G B 八〇三条が作っている。利息証券において表章された利息債権は（それが有効に、それゆゑ成立した主たる債権債務と並んで成立した後に）主たる債権の消滅によつて、または、利息債務の廃止または変更によつては、除去されない。まだ存在している利息証券からの利息は、それゆゑそれが主たる義務の消滅後、または、利息支払義務の変更後に、支払期日が到来した場合にもまた、さらに継続的に支払われなければならない。利息証券所持人の利息に対する權利は、しかし債務者に不利益を与えるべきではない。債務者は、利息債権は嚴格に付従的であるという一般原則が妥当する際に、彼が支払わなければならないであろう以上には、支払うべきではない。それゆゑ債務者は、元本の支払の際には、彼がその場合に一緒に返還されなかった



利息証券のために、まだ後に支払わなければならない金額を留保することが許されるべきである。利息債務が（債権者の受領遅滞によって（第一章原著九三頁eを参照せよ））消滅する主たる場合は、基本証券の抽選の場合である。ここでは、それゆえ、債務者は受領遅滞後に支払期日が到来する利息証券をもまた受け戻さなければならないが、しかし支払われた金額またはさらに支払われるべき金額を元本からへもし彼が元本を基本証券の呈示後に支払わなければならない場合には、控除することができる。

II・利益配当証券 (Gewinnanteilscheine (GSch.)) は、まず第一に、同様に、それらが確定された利益処分の受給の際に証券を代表しうるがために、交付される。会社は、ここでもまた利益配当証券と引換にのみ給付する必要がある。それは氏名を記載していない。正当な見解に従えば、それらもまた無記名証券である。——満期末到来の持参人私の利益配当証券からの権利は、無効と宣告された基本証券とともに消滅する（利息証券に関するBGB八〇三条との反対において、HGB二二八条二項）。

III・利息証券、定期金証券、および、利益配当証券は、もちろん基本証券と一緒にではなく、同時に永久の期間について交付されうる。ところで交付された証券が次第に磨滅するときは、証券所持人はそのような証券の新たなセットを受け

取らなければならない。ところでこのためには、債権者は、有価証券の権利の一般原則に従って、証券の呈示をとおして自己を証明しなければならない。彼は、この目的で証券を場合によっては送付するか、または、第三者が証券を債務者に呈示するために第三者に委託しなければならないであろう。これと結合された危険を避けるために、基本証券とともにしばしばへ利息証券などの以前に交付されたセットが既に受け戻された後に、それらによってそのような更改証券の所持人が新たな利息証券、定期金証券および利益配当証券を利息、定期金および利益配当の将来の受給のために保持するところの、いわゆる更改証券 (Erneuerungsschein (ESch.))、タロンが作成される。この証券の目的に従って、債務者は、所持人が更改証券の処分の権利者でないということを主張立証しない場合には、所持人に利息証券などを引渡す債務を負わされる。しかし更改証券の所持人が基本証券を占有しないという債務者の主張（場合によっては証明）でも十分である。なぜなら更改証券は、呈示の際にまさに基本証券に代わるものとしての意味をもつにすぎず、基本証券の占有に代わることはできないからである。そこから基本証券の所持人が利息証券の引渡を要求するときは、彼は同じものを要求する更改証券の所持人に優先することが結果する（BGB八〇五条、HGB二三〇条）。このゆえに更改証券もまた、それが

たとえ権利行使のために必ずしも絶対的に不可欠ではなく、ただ基本証券の代用物であるにすぎないとしても、有価証券である。更改証券の所持人は、所持人への給付によって免責される債務者の利益のためのレヒツシャイン、そして、債務者は所持人の無権利を証明しなければならぬから、債権者に利益で債務者の負担になるレヒツシャインを、自己のために有する。その限りで更改証券は無記名証券である。しかし無記名証券に関する物権法的諸規定は、更改証券のためには妥当しない。なぜなら基本証券についての権利は直ちに更改証券に拡張されるから、更改証券の移転にのみ向けられるであろう行為は無効であるに違いないからである。更改証券は、それゆえ「ただ債務者に対する関係でのみ無記名証券であるにすぎない」(ブルンナー)。——基本証券が無効となるときは更改証券もまた無効となるので、基本証券と並んでの更改証券の公示催告は必要ではない。しかし基本証券もではなく、更改証券のみが失われる場合にもまた、その公示催告は必要である。なぜなら更改証券を失った基本証券の占有者は、基本証券を呈示して容易に、更改証券の所持人に利息証券が交付されることを妨げることができるからである。更改証券の無効宣告可能性は、それゆえ許されない。

IV・利息証券、利益配当証券、更改証券、定期金証券は、基本証券の擬似的な従物 (Quasi-zubehör) である。基本証

券を取り扱う人々は、通常、同時にこれらの付随証券をもまた考えている。しかしただ基本証券と同じ記載を担う付随証券のみが、その基本証券の従物である。なぜなら流通においては、ひとはこの点において極めて正確であるからである。

それに属する以外の付随証券とともに基本証券を譲渡した者は、彼が移転した証券を適法に取得していないことが疑われるであろう。そのようなごたごたにされた証券をもつてする給付は、それゆえ、例えば、売買債務の十分な履行ではないであろう。なぜなら買主は、証券をさらに売却することが困難であろうからである。さらにこのゆえに、付随証券なき基本証券の移転は全く異常であるので、移転者に属さない基本証券を付随証券なしにまたは虚偽の付随証券とともに取得する者は、重過失で行為したのであり、それゆえそれらについて所有権または質権を取得しないであろう (BGB 九三二条)。基本証券と付随証券を違う場所に保管することは、公示催告可能性との関連においては、それゆえ盗難または横領の危険を払いのける良い手段である。

#### (e) 移行の関連

#### 第二章

指名証券、指図証券、そして無記名証券という上述の有価証券類型は、排他的なものではない。あるグループから別の

グループへの移行がみられるし、あるいは、ある証券の種類は別の証券の種類へと移行しうる。それどころか有価証券でないものから有価証券への移行もまた存在する。

有価証券の性質は、資格授与的効力において示された。それゆえ証券をとおして証明される所持人は、権利者として、または、少なくともまだ権利者である者として、そしてそれもへそれに信頼することができ、そして、証券と引換にする無権利者またはもはや権利者でない者への給付をとおして免責されるところの債務者のために、債権譲受人のためと同様に、資格を与えられる。それゆえ債務者は、もはや以前の債権者への給付によつては免責されない。他方では、権利者になるほど債務者のために無記名証券と同様に資格を与えるが、債権譲受人のためにはもはや資格を与えないところの証券が存在する。すなわち債権者は、それらにおいてはBGB九五二条に従えば証券なしにも給付を要求しうるので、債務者は、彼が「権利者であつた」以前の債権者を満足させる場合に、BGB四〇七条にしたがつてもまた免責されうるのでなければならぬ。そのような証券は有価証券ではない。しかし有価証券のうち、それらは資格授与的効力を——そしてそれとも無記名証券の資格授与的効力を——債務者のために有する。債務者は、所持人への給付をとおしてもまた免責される。手荷物引換証および携帯品引換証においてそうである。

有価証券は、その取得者を以前の債権者への債務者による支払から保証する。なぜならそれらにおいては、債務者は証券なしには安全に支払うことはできないからである。そうでない場合には、有価証券はもはや存在しない。しかし有価証券のためにすら、代用物が、すなわち無効宣告による代用物が、存在しうる。ところで証券は、原則として行使の際に呈示されなければならないが、無効宣告においてではなく存在する代用物が証券の呈示のために許されるときは、そしてそれともこの代用物が入手し難ければし難いほどそれだけいっそう、そのような証券は有価証券に接近する。それどころかそのような証券は、無効宣告が不可能であるにも拘らず、代替しえない利息証券のように、有価証券とすらなりうる。類似の状態にあるのは、プロイセンの質入証書(Plandschein)〔「質札」である。一八八一年三月一七日の質屋営業に関する法律三条によれば、「質入証書の所持人は、第三者とくに質屋に対して、この権利の譲渡を証明しなければならない」となしに、質権設定者の権利を行使する権利を有する〕。それゆえ質入証書は、無記名証券の資格授与的効力を債務者に対する関係で債務者のためならびに債権者のために有する。彼はこの資格授与的効力を第三者のためにもまた有する。質入証書は、その限りで無記名証券である。ただ完全な有価証

券についてひとつのことが欠けている。すなわち、証券の占有は権利行使のために継続しては必要ではない。すなわちたいていの場合、質入証券の中に表章されている債権は、かなりの費用と結合されている公示催告手続がひきあうためにはあまりにも僅かな価値しかない。それゆえ公示催告手続は許されないのである。それゆえなるほど、消費貸借の支払期日後三週間の経過に至るまでは、質物の受戻しは質入証券の返還と引換にのみ行われる（法八条一項）。——その限りで、それゆえ質入証券は完全な有価証券である。しかし、消費貸借の支払期日以来三週間が経過していると、質権設定者は、その時までを受戻されなかった質物を質入証券の呈示なしにもまた、受戻すことができる（法八条二項）。法律は、すなわち、三週間内に質入証券がまだ呈示されないときは、質権設定者または彼のその他証明される権利承継人は、おそらくありそうなことに質入証券を喪失したのであることから出発し、そしていまや彼らは一般民法の諸原則に従って、権利者として取り扱われなければならないことを欲する。しかし一般民法における資格は、やはり明らかにただ、証券とともに失われた証券資格のための代用物としてのみ把握されるべきである。そこから質権設定者以外の者が証券を三週間後であつても呈示するときは、彼はその場合それだけで権利者として資格を与えられていることが結果する。<sup>(15)</sup>——

さらに指名証券から無記名証券への移行は、いわゆる跛行的記名証券（BGB八〇八条によるものであれ、ライヒスバンクの寄託証券におけるライヒスバンク定款四条三項による）とき特別規定によるものであれ）においてみられる。跛行的記名証券が無記名証券の資格授与的効力を債務者のために有するがしかしその他の点では指名証券であるように、逆に無記名証券は、固定化によつて指名証券となるか、またはそれらの資格授与的効力を所持人が彼の名を登録させる帳簿のゆえに失うことがありうる。同様に指図証券から指名証券への移行は、手形において、手形が拒絶証書作成後に譲渡される場合にみられる。指図証券から無記名証券への移行もまた存在する。それ自体としては、まさに必ずしもあらゆる所持人がではなく、ただ証券において指名された者だけが、指図証券においてレヒツシャインを自己のために有する。しかしとにかく所持人の側で再び補充されうる白地手形と白地式裏書が可能であり、そしてさらに権利者としておよび権利者に代わつて登場するあらゆる指図証券のたんなる所持人が、彼が権利者であると称する場合に、第三者のために、権利者の地位に立つという外観そのものを有するときは、彼は証券中に指名された者と同一人であるという外観そのものを有するのである。同じレヒツシャインは、その場合、債務者に対する債権者の関係においてもまた、所持人を債権者またはその

代理人とみなしうる債務者の利益のために妥当する。——なぜなら債務者は、第三取得者よりも悪い地位におかれてはならないからである。しかし指図証券の所持人は、同一性に関しては自己のためのレヒツシャインをもたない。すなわち所持人は、指図証券において債務者に対して証券において名指しで記載された者との彼の同一性の証明をしなければならぬ。——さらにいくつかのその他の点において、手形には、無記名証券の性質が帰属する。この点に手形のたんなる所持人が、それらに従うとき（担保を要求し担保欠缺による拒絶証券を作成する（WO二九条二項）という）代理権の外観を自己のために有することになる諸原則が属する。同じ資格授与的効力を手形のたんなる占有が、手形を支払人に引受のために呈示する権限に関して与える。それゆえこの点において、手形は無記名証券のレヒツシャインを有する。（もし一八条がさらに強く表現され、そして所持人に「権利」そのものを与えるようにみえるときは、ここではしかし、おそらくただ表現における誤りが存在するにすぎない。そしてそのことは権利とレヒツシャインという両概念がDWOの制定の際には、まだ必ずしも完全には解明されていなかったことから説明されることである。）——最後に、もちろん指名証券と指図証券においては合意によって、跛行的記名証券におけるように、たんなる所持人がただ債務者のために権利者の外観

を自己のために有すべきであることが確定されるということが考えうる。

文言的有価証券から非文言的有価証券への移行もまた見出される。<sup>(1)</sup>そのことは、拒絶証券作成後の期限後裏書の際に手形が指図証券から指名証券となるという、既に言及された場合にあてはまる。しかし逆にもまた、一般規定に従って非文言的有価証券である証券は、それでも特別規定または特別の合意のゆえに、1・特別規定をとおして、そのような有価証券となりうる。すなわち指名証券は、通常、非文言的有価証券である。指名証券に属するのは抵当証券である。しかし抵当権、書面抵当権の債務者および取得者は、一部は（被登記者の権利および権利の範囲に関する）帳簿の公信力に関する規定に従って、一部は（被登記者にまで遡って及ぶ公証人の認証を得た債権譲渡の表示の連鎖をとおして証明される）ところの証券の占有者は、債務者ならびに第三者に対する関係で権利者としての外観を自己のために有するという（BGB一五五条の規定をとおして、保護される。そしてこの外観は、立証責任に関して、彼の不正が証明されなければならないであろうところの債権者のためにもまた、妥当する。これによって書面抵当権は指図証券に接近する。債務者は、2・特別の合意をとおして明示的に、彼が証券所持人に対して獲得すべき抗弁権（Einreden）および抗弁（Einwendungen）

を将来の取得者に対する関係で有効に放棄しうる。それゆえそのような放棄をとおして証券は公信力ある証券となるであろう。ただ例えば、遊戯によりあるいは契約締結の瑕疵から一度も債務は成立していないという抗弁だけは、放棄することができない。

公信力ある証券 (Papier öffentlichen Glaubens) は、通常、善意の第三取得者を保証する。しかし既に証券の最初の受取人が証券中に執筆された債務者の表示を信頼しうる諸場合もまた存在する。すなわち手形引受、船荷証券、貨物引換証および倉庫証券においてである。

無記名証券は、所持人に彼の利益のために資格を与えるので、所持人に対してその無権利が証明されなければならないし、第三者は彼の権利の上に自己を支えることができる。これに対して更改証券は、それ自体としてそもそも移転しえない。それは、ただ債務者に対する関係でのみ、無記名証券である。

抵当証券は指名証券であり、我々がみたように、善意取得についていえば技術的な指図証券にすら接近する傾向がある。そのことはしかし、抵当証券が、ある点において、すなわち、差押に関して、非有価証券と同様に取り扱われることを妨げない。有価証券は、占有取得をとおして差押えられうる。抵当権がそのために存在するところの〔被担保〕債権

の差押のためには、差押決定と執行官による証券の占有取得が必要である。その際しかし差押は、債務者に対する関係では、既に差押決定の送達をもつて——証券の引渡または占有取得の前でもまた——完成する (ZPO 八三〇条)。それゆえこの有価証券においては、債務者は、しかし、彼が従来の債権者と関わりをもつ場合には、彼に送達された差押決定を顧慮しなければならない。その限りで証券は、有価証券としてのその特性を失ってしまっている。それによって、差押えられた抵当権が登記抵当権か書面抵当権かを知らない債権者が、すべての事情のもとで確実な差押を決定によつて達成しうるということが得られる。

最後に、ひとつがのどにつかえた指名証券 (steckengeh. liebens R.P.) と称しうるひとつの証券がある。すなわち鉄道運送法における運送状の複本 (Duplikat) である。荷送人は、彼の処分権、すなわちとくに物品の引渡を求める権利を、ただ彼がまだ複本を占有する場合にのみ、行使しうる。それゆえ複本が手渡されるいわゆる「受取人」が、彼に対し物品が旅行の完成後に引渡されるという権利を有する場合に——そしてそのことが通常問題となるのであるが——その場合には、債務者である鉄道は、指名証券において債務者が、債権譲渡人かまたは証券を占有しない場合には、債権譲渡後なお債権譲渡人と交渉をもつてはならないのと同様に、

荷送人と交渉をもつことはできない。鉄道がこの原則に反して善意であっても荷送人に物品を返還するときは、鉄道は免責されず、受取人に対して損害賠償の義務を負わされる（HGB四五五条<sup>(76)</sup>）。その限りで複本は有価証券（指名証券）の効力を有する。しかし複本は、それでも有価証券とはなっていない。なぜなら物品の受取人およびその者の権利承継人は、権利行使のために証券を必要としないからである。それゆえ受取人として記載された者が運送契約に基づく彼の権利を第三者に譲渡し、そして彼らに複本を手渡したときは、それにも拘らず鉄道は、鉄道が債権譲渡について何も知らない場合には、受取人自身に物品を免責的効力をもって引き渡すことができる。——この制限された、ただ一部分作用するに

すぎない有価証券もまた、貨幣流通の促進に奉仕する。それゆえ送付の名宛人は、その場合に彼が一時的に「中立化」された物品を受け取らないであろうという危険が生ずることなしに、複本の受領後、荷送人に売買代金を支払うか、または、手形をそのために与えることができる。

レヒツシャインは、法において極めて様々な種類に作用する。そして法律は、レヒツシャインを教義的な理論に従ってではなく、事実的な蓋然性に従って、そして取引の必要に従って、ある時は多く、ある時は少なく、個々の構成要件と結び付けている。そのようにして、様々な有価証券類型の様々

なレヒツシャインの種類のみならず、個々のグループ内の多様性およびあるグループから別のグループへの移行もまた、説明されるのである。

(74) 原著二頁以下を参照せよ。

(75) Dernburg, Burg., Recht Bd. 3, § 276, Ziffer 4.

(76) 自明のことであるが、質権設定者または権利承継人には、その条件が備わるときは、所有権訴権および占有訴権がとどまる。もし彼が訴訟を提起せず、証券占有者に対して仮処分も行わないときは、証券占有者だけが資格を与えられたままであり、債務者は、それゆえ彼への給付によって免責される。——すべてのことは決定的な三週間の経過前と全く同じである。そのことは、すべて争われている。

(77) 証券がそれについて作成されるあらゆる債権債務はBGB四〇五条の範囲において文言的であるということとは、既に先に原著四八頁で言及されている。

(78) ひとは、荷送人が彼の運送契約からの権利を受取人に、複本の引渡のもとに、物品が目的地に到着する場合のために、譲渡したことを想定するときは、パラレルなことが完全であることになるであろう。